

Tilburg University

De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk

Weterings, W.C.T.

Published in:
Het Verzekerings-archief

Publication date:
2010

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Weterings, W. C. T. (2010). De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk. *Het Verzekerings-archief*, 88(4), 161-171.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk

Mr. dr. W.C.T. Weterings¹

Het risico van persoonlijke aansprakelijkheid boezemt directeuren en commissarissen in toenemende mate angst in. Een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering is, naast een vrijwaring door de rechtspersoon, een mogelijke beschermingsmaatregel tegen dit risico en wint aan belang. Over de inhoud van een dergelijke verzekering en de werking van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in de praktijk is echter relatief weinig bekend. Deze bijdrage geeft daar nader inzicht in.

1. Inleiding

Een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering kan van groot belang zijn voor directeuren en commissarissen. De gevolgen van een schadeclaim gegrond op bestuurdersaansprakelijkheid kunnen namelijk enorm zijn. Bestuurders en commissarissen worden dan, naast of in plaats van de vennootschap, persoonlijk aansprakelijk gehouden en in hun privévermogen aangesproken.

Fusies en overnames, het niet voldoen aan de publicatie- en boekhoudplicht en het faillissement van de vennootschap blijken in de praktijk de belangrijkste oorzaken van (vermeende) aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen te zijn.² De claimcultuur heeft ook op dit terrein haar intrede gedaan.³ Twintig jaar geleden was bestuurdersaansprakelijkheid nauwelijks een issue.⁴ De rechtspraak en publiciteit in de media over grote zaken (Ahold, KPNQuest, Enron) leren dat tegenwoordig bestuurders en commissarissen steeds vaker persoonlijk aansprakelijk worden gehouden door een aandeelhouder, een curator dan wel een andere 'stakeholder'.⁵ Er worden nog steeds relatief weinig schadeclaims ingediend (en nog

minder uiteindelijk toegewezen), maar de dreiging en het risico van schadeclaims is wel nadrukkelijker aanwezig en zal in de toekomst ook toenemen.⁶ Daarbij lopen de geclaimde schadevergoedingsbedragen vaak letterlijk in de miljoenen. Bestuurdersaansprakelijkheidsclaims vormen daardoor een enorm risico.

De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, ook wel D&O (Directors & Officers)-verzekering genoemd, beschermt bestuurders en commissarissen in hun privévermogen tegen aanspraken van derden (externe aansprakelijkheid) en/of de rechtspersoon (interne aansprakelijkheid) vanwege door hen (vermeend) gemaakte fouten in hun hoedanigheid als bestuurder of commissaris. Naast het bedrag van de eventueel te betalen schadevergoeding, zijn ook verweer- en proceskosten gedekt onder een D&O-verzekering. Dit is een belangrijke component – volgens sommigen het belangrijkste aspect – van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. De verdedigingskosten lopen in dit soort zaken al snel op, ook als de schadeclaim ongefundeerd blijkt te zijn.⁷

Ofschoon het belang van de D&O-verzekering de laatste jaren sterk is toegenomen en in de toekomst nog

Mr.dr. W.C.T. Weterings is advocaat bij Dirkzwager Advocaten & Notarissen N.V., sectie Aansprakelijkheid, Schade & Verzekering, Universitair Docent aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law en gastprofessor aan de Universiteit van Antwerpen, vakgroep Burgerlijk Recht.

¹ Met dank aan mr. D.A.M. van den Heuvel.

² Zie hierover J.B. Wezeman, 'Aansprakelijkheid van bestuurders: veelkoppige draak of beheersbaar risico?', *VA* 2010-2, p. 62-68.

³ Vergelijk M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 279 en NCD, *Aansprakelijkheid: 1 op 3 directeuren weet het niet goed*, Badhoevedorp 2004, p. 2-3.

⁴ Zie hierover A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 494, A.S. Franssen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *Tvl* 1997, p. 44 en W.C.L. Van der Grinten, 'Aansprakelijkheidsverzekering van bestuurders en commissarissen', *De NV* 1989, p. 85. Zie voorts B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 37.

⁵ Zie in dit verband M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1 e.v. en M.J.A. Creutzburg, 'De ontwikkelingen op het gebied van de Bestuurders- en Commissarissenansprakelijkheidsverzekering', *De Beursbengel* 1999, p. 25. Zie ook J.B. Wezeman, 'Aansprakelijkheid van bestuurders: veelkoppige draak of beheersbaar risico?', *VA* 2010-2, p. 61-62.

⁶ Vergelijk A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 495.

⁷ A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 495.

zal toenemen, is over de inhoud van D&O-verzekeringen en de werking van de D&O-verzekering in de praktijk relatief weinig bekend. Om daar meer inzicht in te krijgen, is een veldonderzoek verricht. Er zijn in 2009/2010 gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van zes verzekeringsmaatschappijen die in Nederland een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering aanbieden. Deze maatschappijen vormen tezamen een zeer groot deel van de Nederlandse D&O-markt. Ook is gesproken met de drie grote verzekeringsmakelaars op dit terrein. Zij zijn bij het afsluiten van vrijwel alle D&O-verzekeringen in Nederland betrokken en ook bij (de afwikkeling van) de schadeclaims onder deze verzekeringen. Voorts zijn vragenlijsten voorgelegd aan 12 curatoren. De reden daarvoor is dat curatoren vaak degenen zijn die een bestuurder aanspreken. Verder zijn de verschillende D&O-polissen bestudeerd die in Nederland worden aangeboden en is literatuuronderzoek verricht. Hieronder zet ik de resultaten van mijn onderzoek uiteen.

In paragraaf 2 ga ik eerst in op de verschillen tussen de D&O-verzekering en – de andere mogelijke beschermingsmaatregel – de vrijwaring door de rechtspersoon, de zin van een D&O-verzekering naast een vrijwaring en het belang van de verzekering voor zowel de rechtspersoon als de bestuurders. Daarna worden de karakteristieken van de D&O-verzekering en de trends bij de D&O-verzekering gezien. In paragraaf 3 komen de acceptatie en verlenging bij een D&O-verzekering enerzijds en de poliselementen (verzekerde som, looptijd, eigen risico en premie) anderzijds aan bod, alsmede de onderlinge samenhang. Daarna schets ik in paragraaf 4 de dekking onder de D&O-verzekering en de dekkingsuitsluitingen. Vervolgens ga ik in paragraaf 5 in op het gebruik van de D&O-verzekering (aantal verzekeringen, claims en het verweer tegen claims). In paragraaf 6 wordt afgesloten met een korte conclusie.

2. Verzekering en vrijwaring

2.1 Strekking D&O verzekering

Een Directors & Officers Liability (D&O)-verzekering dekt de aansprakelijkheid van natuurlijke personen in hun specifieke hoedanigheid van bestuurder of commissaris, voor schade (zuivere vermogensschade) aan derden toegebracht, en tevens de kosten van verweer en advies in verband met dergelijke aanspraken van derden.⁸ Over het nut van de D&O-verzekering en de verhouding met een vrijwaring bestaan veel misverstanden. Zo wordt vaak gezegd dat een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering weinig zin heeft, aangezien opzettelijk hande-

len van dekking wordt uitgesloten en de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid hoog is.⁹ Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW, art. 2:138(248) BW, en/of art. 6:162 BW kan pas aan de orde zijn als het handelen van een directeur of commissaris gekwalificeerd kan worden als opzet, bewuste roekeloosheid of (anderszins) ernstig verwijtbaar handelen.¹⁰ Daarmee zou een D&O-verzekering een overbodige luxe zijn die in weinig gevallen dekking biedt.

Opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn is inderdaad nooit gedekt onder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Dat mag ook niet gezien het *Bierglas*-arrest, aangezien dat in strijd zou zijn met de openbare orde en goede zeden.¹¹ Daarbij zou het de verkeerde prikkels geven aan bestuurders en commissarissen, als dergelijk opzettelijk handelen, zoals een greep in de kas, gedekt zou zijn onder de verzekering. Persoonlijke aansprakelijkheid én het persoonlijke dragen van een schadevergoeding heeft hier de voorkeur, ook vanuit het (rechtseconomische) oogpunt van het verstrekken van preventieve prikkels om dergelijk, onoirbaar gedrag te vermijden.

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van bewuste roekeloosheid en (anderszins) ernstig verwijtbaar handelen valt wel onder de dekking van een D&O-verzekering (geldt ook geregeld voor voorwaardelijk opzet).¹² Bij de meeste aansprakelijkheidsclaims en geschillen gaat het juist om dergelijk handelen. Opzet vormt een duidelijke categorie. Als er sprake is van opzet, dan is er ook in beginsel sprake van bestuurdersaansprakelijkheid. Bij opzettelijk handelen (als oogmerk of als zekerheidsbewustzijn) is daar weinig discussie over mogelijk. Opzet is echter moeilijk te bewijzen. Bovendien leveren de meeste gevallen van vermeende bestuurdersaansprakelijkheid geen (duidelijke) opzet (in de zin van zekerheidsbewustzijn of oogmerk) op en vallen buiten de (strikte) grens van het opzet-criterium. Er is vaker in de ogen van de claimant (en de rechter) sprake van bewuste roekeloosheid of anderszins ernstig verwijtbaar handelen dat bestuurdersaansprakelijkheid meebrengt. Dergelijke gevallen zijn wel gedekt en de verweerkosten ook.

Kortom, voor de meeste gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid biedt een D&O-verzekering dekking en bescherming. Bij opzet (als oogmerk of zekerheidsbewustzijn) is dat niet het geval, maar dat wordt als terecht en rechtvaardig gezien en vormt bovendien een beperkte categorie.

⁸ B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 40.

⁹ Zie hierover A.S. Franssen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *TvI* 1997, p. 45.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld over art. 2:9 BW: HR 4 april 2003, *NJ* 2003/538 (*Skipper Club Charter / Jaarsma*), HR 29 november 2002, *NJ* 2003/455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*) en HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (*Staleman / Van de Ven*), over art. 2:138/248 BW: HR 8 juni 2001 (*Gilhuis q.q. / bestuurders Panmo*) en HR 5 juni 1998, *RvdW* 1998/119 (*Klink / De Haan*), en over art. 6:162 BW: HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*). Zie ook J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss.), Deventer: Kluwer 1998, p. 66-69 en J.B. Wezeman, 'Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 92, H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2003, p. 10, en J.B. Huizink, *Rechtspersonen* (losbl.), art. 2:9 BW, aant. 4, Deventer: Kluwer 2003.

¹¹ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976/572 (*Bierglas*).

¹² A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 499.

2.2 Grenzen vrijwaring door vennootschap

Naar mijn idee is het in veel gevallen goed voor een bestuurder om zowel een D&O-verzekering te hebben als een vrijwaring door de vennootschap. Bij een vrijwaring neemt de vennootschap het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder en de eventueel daarmee gepaard gaande schadevergoeding en verweerkosten voor haar rekening.¹³ Er is een zekere overlap tussen de bescherming door een D&O-verzekering en een vrijwaring, waarbij vaak het motto 'dubbel gestikt, zit beter' opgaat. Het zorgt echter ook voor opvulling van leemtes. Een vrijwaring door de vennootschap heeft voor een directeur of commissaris geen zin meer als er sprake is van een faillissement.¹⁴ De failliete vennootschap kan dan immers de eventuele schadevergoeding en verweerkosten niet meer voor haar rekening nemen. In een faillissement levert de vrijwaring de bestuurder niet meer op dan een concurrente vordering.¹⁵ Veel aanspraken jegens bestuurders vloeien juist voort uit faillissementen. De kans voor een bestuurder om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden is het grootst als de vennootschap geen verhaal biedt. De D&O-verzekering geeft in dergelijke gevallen doorgaans wel bescherming aan de bestuurder, mits het uitlopprisico kan worden verzekerd en ook wordt verzekerd.

Bovendien bestaat er in de juridische literatuur veel verdeeldheid over de strekking en grenzen van een vrijwaring. Het is daarmee geregeld onduidelijk hoe ver een vrijwaring nou wel/niet mag gaan. Men is het erover eens dat een vrijwaring een uitsluiting voor opzettelijk handelen en bewust roekeloos handelen dient te hebben.¹⁶ Veel auteurs menen echter dat de grens nog wat verder gelegd moet worden en dat een vrijwaring zich (bij interne aansprakelijkheid) ook niet over (anderszins) ernstig verwijtbaar handelen mag uitstrekken.¹⁷ Mijns inziens is dan het praktisch nut van een vrijwaring erg beperkt, gezien de hoge drempel bij bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁸ Een vrijwaring biedt dan nog maar voor een

beperkt aantal gevallen soelaas.¹⁹ Wat er ook verder van deze discussie zij, zowel bewust roekeloos handelen als ernstig verwijtbaar handelen valt wel onder de dekking van een D&O-verzekering.²⁰ Deze wijzen van handelen vormen nu juist dikwijls de basis van een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim. Daarnaast is soms voorwaardelijk opzet ook gedekt.

Een D&O-verzekering heeft, gezien de grenzen van een vrijwaring, een verdergaande strekking. Een vrijwaring kan echter bescherming bieden wanneer een D&O-verzekering, om welke reden dan ook geen dekking biedt.²¹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de claim en/of kosten van verweer hoger zijn dan het verzekerd bedrag, de dekkingslimiet is bereikt door andere claims, de verzekeringstermijn is verlopen, de verzekering wordt vernietigd in verband met onjuiste mededelingen door de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering, de premie te laat is betaald, of een polisuitsluiting van toepassing is, zoals in geval van een bestuurlijke of fiscale boete.

2.3 Dekking vrijwaring onder D&O-verzekering

Daarbij is nog van belang dat een vrijwaring door de vennootschap in de regel ook onder de dekking van een D&O-verzekering valt.²² Onder de D&O-verzekering is vaak sprake van *company reimbursement*-dekking of zogenoemde *Side B*-dekking (waar *Side A* de dekking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder betreft).²³ Als de vennootschap op grond van een vrijwaring dient op te komen voor de verweerkosten en/of de schadevergoeding in verband met een claim jegens een bestuurder, dan kan zij deze kosten onder de dekking van de D&O-verzekering brengen. Overigens kan daarbij wel sprake zijn van een eigen risico voor de vennootschap, hetgeen bij de (*Side A*-)dekking van bestuurders zelf niet het geval is (hierna meer daarover).

13 Zie nader over de vrijwaring A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 491-503, G.H. Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 607-613 en W.W. de Nijs Bik, 'De bestuurder gevrijwaard', *TVVS* 1998, p. 33-37. Dat een vrijwaring is toegestaan, blijkt bijvoorbeeld uit HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002/556 (*Zwagerman*).

14 M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 283 en A.S. Franssen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *TvI* 1997, p. 45.

15 A. Hendrikse & D.A.M. van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009, p. 130, A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 502 en L.S. van Dis, 'Verzekering en vrijwaring van bestuurders en commissarissen ten laste van de vennootschap', *V&O* 2002-4, p. 63.

16 A. Hendrikse & D.A.M. van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009, p. 129-130.

17 J.B. Wezeman & A.W. Dolphijn, 'Vrijwaring van bestuurders en commissarissen', *O&F* 2003, p. 42-48, G.H. Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 607-613, en J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 362. Vergelijk in dit verband M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 281-282.

18 Zie R.A. Orsel, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen; ruimere exonatie en vrijwaring mogelijk', *WPNR* 2006, p. 38.

19 Zie in dit kader B.F. Assink & P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid - De reikwijdte van de maatstaf ierinstig verwijt, vrijetekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 3.

20 M. de Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 282 en A.S. Franssen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *TvI* 1997, p. 45.

21 Vergelijk A. Hendrikse & D.A.M. van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009, p. 127 en 131.

22 M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 279, O.L.M. Heuts, 'De commissaris beschermd: Vrijwaring, exonatie, verzekering en decharge als bescherming tegen aansprakelijkheid', *Onderneming & Financiering* 2005, p. 45 en A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 495.

23 Vergelijk M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 279.

] 2.4 Belang bestuurder en vennootschap bij verzekering

Een bedrijf sluit dikwijls (en de laatste jaren ook steeds vaker) op verzoek van de bestuurders een D&O-verzekering af. Het is duidelijk dat directeurs en commissarissen daar belang bij hebben gezien hun risico op eventuele persoonlijke aansprakelijkheid en blootstelling met hun privévermogen. Tegenwoordig wordt er vaak door bestuurders om gevraagd bij de aanvaarding van een functie.²⁴ Ook een vrijwaringen wordt (zij het minder dan een D&O-verzekering) steeds meer als een 'secundaire arbeidsvoorwaarde' gezien.²⁵

Dergelijke maatregelen helpen een vennootschap om goede en ervaren bestuurders aan te trekken (indirect belang vennootschap).²⁶ Mogelijk zijn bestuurders met betere bescherming ook bereid om met lagere (aanvullende, variabele) vergoedingen (als aandelen, opties enz.) akkoord te gaan.²⁷ In een tijd waarin de beloningen van topbestuurders onder druk staan, kan dat van groot belang zijn. Ook wordt met een D&O-verzekering voorkomen dat angst voor aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot overmatig voorzichtig handelen en te weinig risico's nemen door directeurs en commissarissen bij het uitoefenen van hun bestuursstaak, waar ondernemen naar haar aard betekent risico's nemen in het belang van de aandeelhouders.²⁸

Als er door de vennootschap (ook) een vrijwaring aan de bestuurder(s) is afgegeven, dan heeft ook zij vanuit het oogpunt van continuïteit een rechtstreeks belang bij een D&O-verzekering. Een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim gaat, zoals gezegd, vaak gepaard met grote bedragen en hoge verweerkosten. Het zal voor een bedrijf dikwijls wenselijk zijn om deze kosten, zeker wanneer het financieel niet (erg) voor de wind gaat, op een D&O-verzekering te kunnen afwentelen. In een vrijwaring is overigens soms opgenomen dat er geen aanspraak is indien de schade door de D&O-verzekering wordt gedekt.

Ook los van een vrijwaring kan een D&O-verzekering rechtstreeks in het belang van de vennootschap zijn. Externe aansprakelijkheid van een bestuurder en/of commissaris kan mede (kwalitatieve en hoofdelijke) aansprakelijkheid van de vennootschap opleveren (op grond van art. 6:170, 6:171 of 6:172 BW).²⁹ Als de claim jegens de bestuurder succesvol kan worden afgehouden

(op kosten van de D&O-verzekeraar), dan is de vennootschap ook van de claim af. In andere gevallen is bij betaling (door de D&O-verzekeraar) in verband met externe aansprakelijkheid van de bestuurder, de vennootschap bevrijd.³⁰ Bij interne aansprakelijkheid (vordering rechtspersoon jegens bestuurder) geldt dat het verhaalsrisico voor de rechtspersoon minder is als een verzekering is afgesloten. Er staat dan een deep pocket in de zin van de verzekeraar achter de aangesproken – en mogelijke insolvente – bestuurder.³¹ In de Verenigde Staten (waar relatief gezien veel meer interne aansprakelijkheidsclaims voorkomen) is in de literatuur zelfs naar voren gebracht dat een D&O-verzekering daarom meer in het belang is van de rechtspersoon/aandeelhouders dan in het belang van de bestuurder waarvoor de D&O-verzekering door de vennootschap is afgesloten.³² Wat daar verder ook van zij, het afsluiten van een D&O-verzekering door de rechtspersoon kan om voornoemde redenen worden gezien als goed corporate governance.

] 3. Acceptatie, verlenging en poliselementen D&O-verzekering

] 3.1 Acceptatie bij een D&O-verzekering

Bij de beoordeling of een nieuwe verzekeringnemer geaccepteerd kan worden – en daarna ook bij de premiestelling en het bepalen van de limieten – zijn de financiële gegevens over de onderneming altijd het uitgangspunt voor een D&O-verzekeraar. De jaarverslagen en met name de balans van de onderneming zijn doorslaggevend. Bedrijven met een negatief eigen vermogen (en een faillissementsrisico), worden niet snel geaccepteerd door een D&O-verzekeraar.

Verder wordt gebruik gemaakt van aanvraagformulieren. De informatie die hieruit volgt, wordt ook bij de acceptatie meegenomen. In de aanvraagformulieren van vennootschappen wordt bijvoorbeeld gevraagd naar: de financiële gegevens (omzet, resultaat, activa schulden enz.), de aandeelhouders en hun percentage aandelen, de structuur van de rechtspersoon, dochterondernemingen, de bestuursstructuur, de aard van de activiteiten, de historie van de rechtspersoon en zijn deelnemingen, (te verwachten) fusies en overnames, verwachte wijzigin-

24 Zie A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 495 en J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 339.

25 M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005, p. 8.

26 R. Parr, 'Directors and Officers Insurance', in: R. Paar & C.H. Loewenson (eds.), *D&O Liability Insurance 2004: Directors & Officers Under Fire*, New York: PLI 2004, p. 13.

27 J.E. Core, 'On the Corporate Demand for Directors' and Officers' Insurance', *Journal of Risk and Insurance* 1997, p. 63-87 en N. O'Sullivan, 'Insuring the Agents: The Role of Directors' and Officers' Insurance in Corporate Governance', *Journal of Risk and Insurance* 1997, p. 545-556.

28 J.E. Core, 'On the Corporate Demand for Directors' and Officers' Insurance', *Journal of Risk and Insurance* 1997, p. 63-87 en M.E. Parry & A. E. Parry, 'The Purchase of Insurance by a Risk-Neutral Firm for a Risk-Averse Agent', *Journal of Risk and Insurance* 1991, p. 30-46. Zie ook J.R. Glasz, 'Verzekering en vrijwaring', in: *Bestuur en Toezicht*, Deventer: 1994, p. 340.

29 H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006, p. 171-175 en L.S. van Dis, 'Verzekering en vrijwaring van bestuurders en commissarissen ten laste van de vennootschap', *V&O* 2002, p. 62.

30 W.W. de Nijs Bik, 'De bestuurder gevrijwaard', *TVVS* 1998-2, p. 33.

31 W.W. de Nijs Bik, 'De bestuurder gevrijwaard', *TVVS* 1998-2, p. 33 en J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinnol commissariaat*, Deventer: Kluwer 1995, p. 66 en 68. Zie ook L.S. van Dis, 'Verzekering en vrijwaring van bestuurders en commissarissen ten laste van de vennootschap', *V&O* 2002, p. 63.

32 M. Boyer, 'Directors' and Officers' Insurance and Shareholder Protection', *CIRANO-working paper* 2005, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=886504>, M. Gutiérrez, 'An Economic Analysis of Corporate Directors' Fiduciary Duties', *Rand Journal of Economics* 2003, p. 516-535 en R. Romano, 'Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis', in: P.H. Schuck (ed.), *Tort Law and the Public Interest*, New York: W.W. Norton 1991.

gen in winstgevendheid, activiteiten in Noord-Amerika, beursnoteringen, accountantscontrole en -verklaringen, het gewenste verzekerde bedrag, eerdere afgesloten D&O-verzekeringen, en eerder ingestelde en/of te verwachten claims tegen bestuurders. Bij kapitaalvennootschappen wordt naar (aanzienlijk) meer informatie gevraagd dan bij stichtingen en verenigingen, waar vaak wordt volstaan met enkele vragen over de activiteiten, de financiële gegevens, de claiminformatie en het gewenste verzekerde bedrag.

Bij grote (beursgenoteerde) bedrijven neemt de D&O-verzekeraar (dus) ook de structuur van de onderneming, de concernverhoudingen en de corporate governance mee. Geregeld wordt ook door de verzekeraar met vertegenwoordigers van de vennootschap (zoals de CEO of de CFO) en/of de makelaar gesproken. De bestuurs- en zeggenschapsstructuur is vaak niet doorslaggevend voor de acceptatie van een bedrijf. Maar als de corporate governance 'rammelt', gaat een D&O-verzekeraar anders om met de premiestelling en de dekkingsvoorwaarden en -limieten om.

Het afwijzingspercentage bij de (onderlaag van de) MKB-bedrijven is redelijk hoog. Bij sommige verzekeraars ligt dat rond de 50%. Dat heeft met name te maken met het hogere faillissementsrisico. De acceptatie van grote en/of beursgenoteerde ondernemingen is daarentegen hoog.

] 3.2 Looptijd van de D&O-verzekering

De D&O-verzekering wordt standaard afgesloten voor 12 maanden.³³ Gezien de potentiële (grote) impact van bestuurdersaansprakelijkheid (hoge schadevergoeding en hoge verweerkosten) en de invloed van ontwikkelingen binnen de onderneming daarop, houden D&O-verzekeraars vast aan een looptijd van één jaar. Zij zijn doorgaans niet bereid om langere looptijden aan te gaan en willen de vinger aan de pols (kunnen) houden. Bij stichtingen en verenigingen wordt de verzekering vaak na een jaar stilzwijgend verlengd (= doorlopend). Bij kapitaalvennootschappen is de D&O-polis echter meestal aflopend. Ieder jaar vindt er dan bij (de beslissing over) de verlenging een nieuwe beoordeling van het risico plaats. Dit geldt zeker voor de grotere bedrijven en/of bedrijven met een bijzonder risicoprofiel (bijv. activiteiten in de Verenigde Staten, of bedrijven die zich bezig houden met semiconductors, IT of farmacie). De risico's zijn afhankelijk van de economische ontwikkelingen op micro- en macroniveau en van juridische ontwikkelingen. Sommige verzekeraars volgen tijdens de looptijd van 12 maanden steeds nauwlettend de solvabiliteit, de kwartaalcijfers en de risico-ontwikkelingen van een onderneming. Bij andere verzekeraars vinden de evaluatie per kwartaal en met name aan het einde van de looptijd plaats.³⁴

Indien de ontwikkelingen binnen de onderneming van het afgelopen verzekeringsjaar daartoe aanleiding geven, kan bij de verlenging aanpassing van de verzekering aan de orde komen. De premie gaat dan bijvoorbeeld omhoog en/of het verzekerd bedrag gaat omlaag. Een andere mogelijkheid is dat er dekkingsuitsluitingen of beperkende voorwaarden worden opgenomen. Als de looptijd langer dan één jaar, en niet aflopend, zou zijn, zouden er te weinig mogelijkheden voor D&O-verzekeraars zijn voor tussentijds optreden.

Geen verlenging van de D&O-verzekering door de verzekeraar komt niet snel voor.³⁵ Dit gebeurt eigenlijk alleen als er echt veel schade is opgetreden of de risico's binnen de onderneming veel groter zijn geworden. Uiteraard kan het ook zo zijn, zeker in een meer concurrerende D&O-verzekeringsmarkt (die de laatste jaren in Nederland valt waar te nemen), dat de vennootschap niet wil verlengen, bijvoorbeeld omdat zij de premie te hoog vindt en dezelfde dekking tegen een lager bedrag bij een andere verzekeraar kan krijgen.

] 3.3 De premie van een D&O-verzekering

Bij de premiekosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering wordt door D&O-verzekeraars een onderscheid gemaakt naar de soort onderneming: een beursgenoteerde onderneming, een MKB-bedrijf, of een stichting/vereniging. Bij de beursgenoteerde bedrijven wordt weer meegenomen of men wel/niet activiteiten in de Verenigde Staten heeft.

Indien het laatste het geval is, zullen de premiekosten vaak boven de € 100.000 per verzekeringsjaar liggen. Bij een beursgenoteerd bedrijf in Nederland ligt de premie doorgaans onder de € 100.000. Bij een groot, niet beursgenoteerd bedrijf (een top 500 bedrijf, meer dan 500 miljoen omzet) is de premie tussen de € 10.000 en € 100.000. Bij een MKB-bedrijf bedraagt de premie tussen de € 1.000 en € 10.000. Een stichting of een vereniging betaalt een premie vanaf een paar honderd euro.

De laatste jaren is de concurrentie op de Nederlandse D&O-markt toegenomen. Naast de traditionele D&O-verzekeraars AIG (Chartis), Chubb en Nassau, zijn nieuwe verzekeraars op deze markt verschenen en sommige verzekeraars zijn thans meer nadrukkelijk aanwezig dan in het verleden, zoals Allianz, Zurich, Liberty Mutual en CNA. Dit heeft een premiedrukkend effect. De premies zijn omlaag gegaan ondanks de toegenomen claimactiviteit.³⁶ Het gemiddeld bedrijf betaalt een premie rond de € 2.500 á € 3.000.³⁷ Bij een stichting/vereniging ligt dat gemiddeld op € 250.

] 3.4 Verzekerd bedrag

Bij het verzekerd bedrag moet men ook weer een onderscheid maken naar de soort onderneming. De grotere beursgenoteerde bedrijven hebben vaak een

³³ Zie ook M. de Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 280 en A.S. Franssen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *TvI* 1997, p. 45.

³⁴ Vergelijk B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 42.

³⁵ Zo ook B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 42.

³⁶ M.J.A. Creutzburg, 'De ontwikkelingen op het gebied van de Bestuurders- en Commissarissenansprakelijkheidsverzekering', *De Beursbengel* 1999, p. 26. Zo ook B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 40.

³⁷ Vergelijk W.W. de Nijs Bik, 'De bestuurder gevrijwaard', *TVVS* 1998-2, p. 33.

dekking tussen de € 100 miljoen en de € 200 miljoen (AEX-fondsen), de kleinere beursgenoteerde bedrijven (midcaps en small caps) een dekking vanaf € 50 miljoen.³⁸ Niet beursgenoteerde grote bedrijven hebben een verzekerd bedrag tussen de € 10 miljoen en € 50 miljoen. Bij een MKB-bedrijf ligt het verzekerde bedrag tussen de € 1 miljoen en € 10 miljoen. Het gemiddelde bedrijf heeft een verzekerde som van € 2,5 miljoen of € 5 miljoen.

Veel D&O-verzekeraars hebben een basisproduct voor stichtingen en verenigingen. Het verzekerde bedrag ligt tussen de € 500.000 en € 5.000.000. Vaak is de dekking bij een stichting of een vereniging € 1.000.000 of € 2.500.000.

Verzekeraars hebben een maximale capaciteit. Bij de Nederlandse D&O-verzekeraars ligt de maximale capaciteit doorgaans op € 10 miljoen, € 15 miljoen, of € 25 miljoen. Een enkele verzekeringsmaatschappij heeft een hogere limiet (maximaal € 50 miljoen). Indien een vennootschap een verzekerd bedrag wil dat hoger ligt dan de maximale capaciteit van de verzekeringsmaatschappij (bijvoorbeeld € 100 miljoen), dan wordt het verzekerd bedrag verdeeld over verschillende verzekeraars. Bij de grote bedrijven komt dat geregeld voor, zeker als zij beursgenoteerd zijn. Op die manier is het toch mogelijk voor bedrijven om aan het gewenste verzekerde bedrag te komen.

Er kan sprake zijn van een horizontale verdeling van het gewenste verzekerd bedrag: coassurantie. Meerdere verzekeraars nemen dan doorgaans samen het verzekerd belang en verzekerd bedrag voor hun rekening. Als er een uitkering moet worden gedaan aan derden en/of kosten van verweer moeten vergoed, dan nemen de betrokken verzekeraars dat naar rato van hun verzekeringsaandeel voor hun rekening. Indien bijvoorbeeld een schadevergoeding van € 30 miljoen betaald moet worden namens verzekerde en er zijn twee verzekeraars met elk een 50% aandeel (verzekerd bedrag: € 100 miljoen), dan draagt elke verzekeraar € 15 miljoen.

Verzekeraar A	Verzekeraar B
50%	50%
Verzekerd bedrag € 100 miljoen	

Bij D&O-verzekeringen ziet men (veel) vaker, gezien de omvang van de maximale capaciteit van verzekeraars, een verticale verdeling van het verzekerd belang en het verzekerd bedrag indien een verzekeringsdekking van meer dan 15 of € 25 miljoen nodig is.³⁹ De verzekering is dan opgebouwd uit verschillende *layers* (lagen). Het totale verzekerde bedrag is verdeeld over deze *layers* van verzekerde bedragen, die op elkaar aansluiten. Als er schadevergoeding moet worden uitgekeerd en/of verweerkosten moeten worden vergoed, dan komt als eerste

de eerste *layer* (*primary layer*) aan de beurt. De daarboven gelegen *layers* fungeren als *excedent* verzekeringen. Pas als het verzekerd bedrag onder een *layer* is uitgeput, wordt de daarboven gelegen *layer* voor het meerdere (het bedrag dat uitstijgt boven de *layer* daaronder) aangesproken. Op de verschillende *layers* kunnen verschillende verzekeraars betrokken zijn.

Stel dat er een verzekeringsprogramma is met een totale dekking van € 100 miljoen, verdeeld over verschillende *layers*. De *primary layer* geeft een verzekeringsdekking van € 25 miljoen. De tweede *layer* geeft een (*excedent*)dekking van € 25 miljoen, die door twee verzekeraars voor hun rekening wordt genomen (ieder 50% verzekeringsaandeel). Daarboven bevinden zich nog een *layer* met € 20 miljoen dekking en twee *layers* met een dekking van € 15 miljoen. Als hier een schadevergoeding van € 30 miljoen betaald zou moeten worden, dan valt € 25 miljoen onder de eerste *layer* (verzekeraar A) en € 5 miljoen onder de tweede *layer* (waarbij verzekeraar B en verzekeraar C ieder € 2,5 miljoen voor hun rekening nemen).

Verzekeraar F	Excedent
Verzekerd bedrag:	€ 15 miljoen
Verzekeraar E	Excedent
Verzekerd bedrag:	€ 15 miljoen
Verzekeraar D	Excedent
Verzekerd bedrag:	€ 20 miljoen
Verzekeraar B + C	(50%) Excedent
Verzekerd bedrag:	€ 25 miljoen
Verzekeraars A	Primair
Verzekerd bedrag:	€ 25 miljoen

Het voordeel van het zijn van de primaire verzekeraar is dat men de touwtjes in handen heeft bij de afwikkeling van een claim. De verzekeraars op de andere *layers* zijn *to follow* en moeten in principe de door de *leader* gekozen strategie volgen (waaronder ook een door de primaire verzekeraar getroffen schikking en de omvang daarvan). Bovendien is de premie die de primaire verzekeraar ontvangt, in beginsel hoger dan bij de *excedent*-verzekeringen. De meeste risico's liggen immers aan de onderkant van het programma.

3.5 Eigen risico

De D&O-verzekering kent ten opzichte van de verzekerde bestuurder en commissaris (*Side A*-dekking) geen eigen risico. Bij de *company reimbursement* dekking (*Side B*-dekking), waar de afgegeven vrijwaring door de vennootschap onder valt, wordt wel vaak een eigen risico gehanteerd.

De reden dat geen eigen risico bij de *Side A*-dekking wordt gehanteerd, is dat de verzekeraar van begin af aan van een claim op de hoogte wil zijn. Als er een eigen

³⁸ Zie ook B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 40.

³⁹ Bij verzekerde bedragen daaronder wordt het vaak door één verzekeraar gedragen, hetgeen ook mogelijk is gezien de maximale capaciteit van de Nederlandse D&O-verzekeraars. Er is dan meestal geen sprake van co-assurantie.

risico is, dan wordt de verzekeraar mogelijk pas bij de zaak betrokken als het bedrag aan eigen risico door de verzekerde is opgesoupeerd (aan verdedigings- en onderzoekskosten en wellicht ook schadevergoeding). Er is dan minder invloed op de behandeling en afwikkeling van de claim mogelijk door de verzekeraar.

] 3.6 Invloed verzekeraar op risico's onderneming en corporate governance

Uit het voorgaande volgt dat een D&O-verzekeraar sterker dan bij andere (zakelijke) verzekeringen betrokken is bij het bedrijf van de verzekeringnemer en haar verzekerde bestuurders. Zo hanteert de verzekeraar verschillende manieren om de onderneming te screenen en om prikkels te geven aan verzekeringnemer/verzekerden om het risico van bestuurdersaansprakelijkheid binnen de onderneming en/of het concern te minimaliseren. De verzekeraar kijkt immers bij de acceptatie onder meer naar de financiële gegevens, de structuur en de corporate governance.⁴⁰ Voorts werkt hij met een korte looptijd van 12 maanden en hij houdt in de tussentijd de ontwikkelingen binnen de onderneming in de gaten. Zo nodig neemt de verzekeraar bij de verlenging maatregelen in de zin van een lager verzekerd bedrag, een hogere premie en het opnemen van beperkende voorwaarden of uitsluitingen.

Dit lijkt tevens de gedachte in de Amerikaanse literatuur te bevestigen, dat de D&O-verzekering fungeert als een 'monitoring tool', aangezien de verzekeraars de verzekerde bedrijven (en de bestuurders) monitoren en aldus een zekere invloed uitoefenen op de corporate governance.⁴¹ De D&O-verzekering werkt in feite indirect (mede) als een methode om toezicht op de bestuurders te houden, naast de traditionele en directe methoden als een Raad van Commissarissen/Raad van Toezicht en de corporate governance regels. Daarbij weerspiegelt de premie de inschatting van de kwaliteit van de corporate governance door de D&O-verzekeraar.⁴² Bedrijven met een slechtere corporate governance en meer risico's betalen een hogere premie.

Op zich is het voorgaande logisch. Verzekeraars zijn immers experts in het inschatten van risico's. Zoals een autoverzekeraar bij een autoverzekering de waarschijnlijkheid moet inschatten dat een specifieke automobilist/verzekerde een ongeval zal veroorzaken, moet een D&O-verzekeraar bepalen wat, gezien de kenmerken van het te verzekeren bedrijf en haar bestuurders, het risico is dat een claim tegen een bestuurder zal worden ingediend.

In beide gevallen is informatie over de verzekeringnemer/verzekerde het basiselement bij het acceptatieproces. Bij de D&O-verzekering betekent dat voor een belangrijk deel het screenen van de corporate governance risico's.

Nederlandse D&O-verzekeraars gebruiken geen eigen risico. In Duitsland bestaat een wettelijke verplichting voor NV's om bij een D&O-verzekering een eigen risico voor de bestuurder te hanteren.⁴³ De gedachte hierachter is dat de bestuurder het dan in zijn portemonnee voelt op het moment dat hij wordt aangesproken en dat zijn verantwoordelijkheid wordt benadrukt. Dit prikkelt de bestuurder om verkeerd handelen en bestuurdersaansprakelijkheid te voorkomen. Nederlandse D&O-verzekeraars vinden het echter belangrijker om in geval van een claim meteen invloed hebben op de aanpak van een claim en bij een eigen risico is dat mogelijk niet het geval. Voorts menen zij dat zij voldoende andere (boven genoemde) instrumenten hebben om dergelijke prikkels te geven. De omvang van het door het verzekerde bedrijf gewenste eigen risico zou echter wel een signaal kunnen geven over de risico's van bestuurdersaansprakelijkheid, de kwaliteit van de bestuurders en de corporate governance.

] 4. Dekking onder de D&O-verzekering

] 4.1 Open polis en zachte D&O-markt

De D&O-verzekering is een open polis: alles is gedekt, behalve wat is uitgesloten. Daarom zijn de belangrijkste elementen van een D&O-verzekering de dekkingsomschrijving, de dekkingsuitbreidingen en de dekkingsuitsluitingen.⁴⁴

De dekkingomschrijving is vaak ruim. Tevens zijn de uitsluitingen in Nederlandse D&O-verzekeringen relatief beperkt in vergelijking met Amerikaanse D&O-verzekeringen. De Nederlandse D&O-markt is (nog steeds) een 'zachte' verzekeringsmarkt. Dat wil zeggen dat er een ruime dekking is – met daaraan gekoppeld hoge verzekerde sommen en geen eigen risico (onder de Side A-dekking) – waarvoor relatief lage premies worden betaald. Een en ander is terug te voeren op de sterke concurrentie op de Nederlandse D&O-verzekeringsmarkt en het relatief beperkte aantal claims en rechtszaken. Daarmee is de verwachting in het verleden dat de D&O-markt op termijn harder zou worden, (nog) niet ingelost, ondanks de kredietcrisis, en dat zal naar het zich laat aanzien ook niet op korte termijn gebeuren. Kortom, »

⁴⁰ Zie ook L.S. Howard, 'European D&O Carriers Swearing Off 'Drive-By' Underwriting', *National Underwriter Property & Casualty-Risk & Benefits Management* (December) 2002, p. 20.

⁴¹ Zie J.E. Core, 'The Directors' and Officers' Insurance Premium: An Outside Assessment of the Quality of Corporate Governance', *Journal of Law, Economics and Organization* 2000, p. 449-477 en N. O'Sullivan, 'Insuring the Agents: The Role of Directors' and Officers' Insurance in Corporate Governance', *Journal of Risk and Insurance* 1997, p. 545-556.

⁴² T. Baker & S.J. Griffith, 'Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market', *University of Chicago Law Review* 2007, p. 487-538 en S.J. Griffith, 'Uncovering a Gatekeeper: Why the SEC Should Mandate Disclosure of Details Concerning Directors' & Officers' Liability Insurance Policies', *University of Pennsylvania Law Review* 2006, p. 1147-1161.

⁴³ Zie over het verplichte eigen risico bij een D&O-verzekering in Duitsland en de gevolgen daarvan: R. Koch, 'Einführung eines obligatorischen Selbstbetrags in der D&O-Versicherung durch das VorstAG', *Die Aktiengesellschaft* 2009, p. 637-647, P.K. Schulz, 'Zwangs-Selbstbehalt für Vorstände verfehlt Zweck: neues Gesetz sorgt für Unruhe unter Managern und den D&O-Anbietern der Assekuranz', *Versicherungswirtschaft* 2009, p. 1410-1415, O. Lange, 'Zur Selbstbehaltvereinbarungspflicht in der D&O-Versicherung', *Versicherungswirtschaft* 2009, p. 918-919, E. Franz, 'Der gesetzliche Selbstbehalt in der D&O-Versicherung nach dem VorstAG – Wie weit geht das Einschussloch in der Schutzweste der Manager?', *Das Betrieb* 2009, p. 2764-2773.

⁴⁴ Zie in dit kader B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 38.

er is thans sprake van een kopersmarkt en dat is gunstig voor verzekeringnemers.

Overigens is de verzekeringsmarkt vaak cyclisch van aard (van hard naar zacht, van zacht naar hard, enz.).⁴⁵ In de Verenigde Staten is bijvoorbeeld in de jaren 2002-2005, na enige jaren van een zachte markt, sprake geweest van een harde D&O-markt ten gevolge van de bekende schandalen als Enron en WorldCom, een algemene toename van claims, de implementatie van de Sarbanes-Oxley regelgeving op het terrein van corporate governance en de 'internetcrisis'. De Amerikaanse D&O-verzekeraars leden daardoor verliezen en reageerden daar op door aanpassing van de dekking.⁴⁶ De laatste jaren daarna is de Amerikaanse D&O-markt weer zachter geworden, maar naar het zich laat aanzien nog altijd een stuk harder dan de Nederlandse markt. Nu zou de Amerikaanse D&O-markt vanaf 2009 weer enigszins harder aan het worden zijn (bij sommige branches).⁴⁷ Dit cyclisch karakter brengt mee dat de Nederlandse D&O-markt waarschijnlijk op termijn ook harder zal worden.

] 4.2 Dekkingsomschrijving

Gedekt zijn aanspraken tegen de verzekerde bestuurder of commissaris tot vergoeding van schade die door het handelen of nalaten van verzekerde in zijn hoedanigheid als bestuurder of commissaris is veroorzaakt.⁴⁸ Er is geen beperking tot bijvoorbeeld aanspraken gebaseerd op wanprestatie of onrechtmatige daad. Naast civiele aanspraken vallen ook strafrechtelijke en administratiefrechtelijke aanspraken en procedures onder de dekkingsomschrijving. Voorts kan de aanspraak afkomstig zijn van de vennootschap waar de bestuurder werkzaam is dan wel is geweest (interne aansprakelijkheid), maar er is ook dekking voor claims van derden (externe aansprakelijkheid), zoals een curator, de Belastingdienst, een klant of een concurrent.

Zowel de betalen schadevergoeding die uit dergelijke aanspraken van de vennootschap of derden kunnen voortvloeien als de verdedigingskosten vallen onder de dekking.⁴⁹ Met name het laatste is een belangrijke component, aangezien veel claims tegen bestuurders niet tot een vergoeding leiden.

] 4.3 Verzekerden

Aanspraken tegen de huidige, voormalige en toekomstige bestuurders en commissarissen van de verzekeringnemer (de vennootschap) vallen in beginsel onder de dekking van de verzekering. Feitelijke beleidsbepalers (personen in een leidinggevende positie) zijn in principe ook meeverzekerd en worden gelijkgesteld aan bestuurders, voor zover zij bestuurstaken vervullen.⁵⁰

De dekking geldt ook voor oud-bestuurders die voor aanvang van de polis bestuurder waren. Het inlooprisico is inbegrepen. Vereist is wel dat de claim (voor het eerst) wordt ingesteld tijdens de looptijd van de verzekering.⁵¹ Bij een D&O-verzekering is namelijk sprake van claims made dekking.⁵² Bij gepensioneerde bestuurders zou dat een risico kunnen vormen. Daarom is daar meestal een speciale bepaling voor opgenomen. Soms moet dat extra bijverzekerd worden. Er kan dan een uitlooprisico variërend tussen de twee en zes jaar (afhankelijk van de verzekeraar) worden bijgekocht.⁵³

Verder vallen bestuurders en commissarissen van dochtervennootschappen/meerderheidsdeelnemingen doorgaans standaard onder de dekking van de D&O-verzekering van de moedervennootschap. Er is automatisch dekking bij meer dan 50% kapitaal en/of zeggenschap.⁵⁴ Als een vennootschap een nieuwe dochtervennootschap overneemt of opricht, is er ook dekking vanaf het moment van de overname of oprichting.

] 4.4 Verzekeringsgebied

Bij een D&O-verzekering is doorgaans sprake van wereldwijde dekking. Daarbij hebben sommige D&O-verzekeraars wel Amerika en Canada uitgesloten, vanwege het grotere claimrisico. Niet verzekerd zijn dan aanspraken ingesteld in de Verenigde Staten en/of Canada, dan wel aanspraken gebaseerd op het recht van deze landen. Indien er een Amerika/Canada-uitsluiting is, dan is geregeld nog wel een uitbreiding van de dekking tot ook deze landen mogelijk, tegen een hogere premie en eventueel een aantal Amerika-clausules. Indien men geen zaken doet in de Verenigde Staten of andere Angelsaksische landen en daar ook geen aandeelhouders heeft, zal een dergelijke dekking niet nodig zijn.

⁴⁵ Zie T. Baker & S.J. Griffith, 'Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market', *University of Chicago Law Review* 2007, p. 487-538 over het cyclische karakter van de verzekeringsmarkt.

⁴⁶ S.G. Fier e.a., 'The Directors and Officers Insurance Marketplace: An Empirical Examination of Supply and Demand in Uncertain Times', *SSRN-workingpaper*, december 2009, p. 18.

⁴⁷ Marsh, *U.S. Insurance Market report* 2010, p. 30-32.

⁴⁸ Zie ook W.F. Hendriksen & M.L.S. Kalff, 'D&O Verzekering en faillissement', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 103.

⁴⁹ Zie ook J.B. Wezeman, 'Aansprakelijkheid van bestuurders: veelkoppige draak of beheersbaar risico?', *VA* 2010-2, p. 70 en A. Hendrikse & D.A.M. van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009, p. 128.

⁵⁰ B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 38.

⁵¹ M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 279 en M.J.A. Creutzburg, 'De ontwikkelingen op het gebied van de Bestuurders- en Commissarissenansprakelijkheidsverzekering', *De Beursbengel* 1999, p. 25.

⁵² Zie ook J.B. Wezeman, 'Aansprakelijkheid van bestuurders: veelkoppige draak of beheersbaar risico?', *VA* 2010-2, p. 69, A. Hendrikse & D.A.M. van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009, p. 128, W.F. Hendriksen & M.L.S. Kalff, 'D&O Verzekering en faillissement', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 104 en B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 40.

⁵³ Vergelijk J.B. Wezeman, 'Aansprakelijkheid van bestuurders: veelkoppige draak of beheersbaar risico?', *VA* 2010-2, p. 70.

⁵⁴ B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 38.

4.5 Dekkingsuitsluitingen

De dekkingsuitsluitingen in de polissen op de D&O-markt kunnen verschillen. Er zijn echter standaarduitsluitingen die in vrijwel iedere D&O-polis voorkomen.⁵⁵ Een klassieke uitsluiting betreft opzettelijk door de bestuurder veroorzaakte schade en/of beoogde schade. Voorwaardelijke opzet valt zoals gezegd vaak wel onder de dekking en lagere schuldgradaties zijn nooit uitgesloten. Voorts is er doorgaans een uitsluiting voor persoonlijke bevoordeling en voor vermogensdelicten (diefstal, verduistering, bedrog, valsheid in geschrifte enz.).

Verder zijn personenschade en zaakschade standaard uitgesloten. Een D&O-verzekering geeft alleen dekking voor zuivere vermogensschade. Ook is er dikwijls een uitsluiting voor boetes en dwangsommen.⁵⁶ Hetzelfde geldt voor punitieve damages. Voorts zijn aanspraken jegens de bestuurder in verband met milieuschade dikwijls uitgesloten.

Tevens is er vaak een uitsluiting voor aanspraken in verband met feiten die reeds bekend waren bij het afsluiten van de verzekering. Ook vindt men vaak een uitsluiting voor aanspraken die voor de aanvang van de verzekering reeds waren ingesteld.

5 Gebruik van de D&O-verzekering

5.1 Verzekeringsdichtheid

Het is moeilijk om exacte cijfers te geven over het aantal bestuurders dat (via de vennootschap) een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft. Geschat wordt dat er nog tienduizenden bedrijven en dus bestuurders zijn die geen D&O-verzekering hebben. Uit het onderzoek van het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen (NCD) uit 2004 onder haar leden volgt dat 40% van de directeuren en commissarissen van NV's en BV's niet is verzekerd.⁵⁷ Verder blijkt uit ander onderzoek door de Bloemers Nassau Groep dat 40% van (de bestuurders van) de verenigingen en stichtingen niet is verzekerd voor bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁸

Bij de stichtingen en verenigingen is 60% verzekering tegen bestuurdersaansprakelijkheid een behoorlijk hoge verzekeringsdichtheid (ofschoon met name de grotere stichtingen en ondernemingen aan het onderzoek hebben meegedaan en zij juist binnen deze categorie de

meeste kans op claims hebben). Bij de NV's en BV's is datzelfde percentage echter laag gezien de veel grotere risico's op bestuurdersaansprakelijkheid die daar worden gelopen. Volgens de D&O-verzekeraars en de makelaars ligt het percentage waarschijnlijk nog een stuk lager dan in het NCD-onderzoek naar voren komt, als men alle BV's zou meenemen. Naar hun schatting ligt de verzekeringsdichtheid eerder rond de 30%-40%.

De BV's en NV's uit de top 500 van bedrijven in Nederland, inclusief de beursgenoteerde bedrijven, hebben wel (nagenoeg) allemaal een D&O-verzekering.⁵⁹ Naar schatting van de geïnterviewden heeft 40% van de andere grote en middelgrote bedrijven een verzekering tegen bestuurdersaansprakelijkheid.⁶⁰ In het midden- en kleinbedrijf is de verzekeringsdichtheid nog laag. Verzekeraars schatten dat ongeveer 10% van de MKB-bedrijven een D&O-verzekering heeft. De gedachte is vaak dat men in het MKB een dergelijke verzekering niet nodig heeft. Bestuurders bij deze bedrijven worden echter ook steeds vaker aangesproken, zeker bij faillissementen.

Ondanks dat de verzekeringsdichtheid op dit terrein nog laag is, worden er de laatste jaren wel meer D&O-verzekeringen afgesloten. Het aantal aanvragen neemt jaarlijks behoorlijk sterk toe. Deze stijging zou echter niet evenredig zijn met de toegenomen claimcultuur op dit terrein. Zou dat wel het geval zijn, dan zou de D&O-verzekeringsmarkt wellicht op dit moment harder zijn geweest (hogere premies, lagere dekking).

5.2 Claims

Er is een stijging van het aantal claims op jaarbasis. Zo gaf één D&O-verzekeraar aan dat er in 2009 30% meer claims zijn binnengekomen dan het jaar daarvoor. Van de claims is echter een groot deel omstandighedenmeldingen (melding van feiten en omstandigheden die potentieel tot een claim leiden).⁶¹ Deze eindigen lang niet allemaal in een daadwerkelijke claim, integendeel zelfs. Naast het aantal claims zijn ook de geclaimde bedragen toegenomen.⁶² De uitgekeerde schadevergoedingsbedragen zijn echter niet sterk gestegen.

Bij de claims tegen bestuurders en commissarissen gaat het in de overgrote meerderheid van de gevallen om externe aansprakelijkheid.⁶³ De verhouding claims op grond van externe aansprakelijkheid en op grond van »

⁵⁵ Zie hierover ook A. Hendrikse & D.A.M. van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009, p. 128, H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006, p. 290-291 en A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 497.

⁵⁶ B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 41.

⁵⁷ NCD, *Aansprakelijkheid: 1 op 3 directeuren weet het niet goed*, Badhoevedorp 2004, p. 2 en 4.

⁵⁸ M. Tjon-Sien-Fat, 'Risico bestuurdersaansprakelijkheid nog onvoldoende onderkend', *VVP Weekblad voor Financiële Dienstverleners* 2005 3-4, 26 januari, p. 22-23.

⁵⁹ Zie ook B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 37.

⁶⁰ B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 37.

⁶¹ Als omstandigheden die tot claims zouden kunnen leiden, hebben plaatsgevonden en zijn gemeld tijdens de verzekeringsperiode, dan vallen de daaruit volgende claims onder de dekking van de D&O-verzekering, ook als die claims buiten de verzekeringsperiode zijn ingediend. Zie ook Mr. A.P. Koburg, 'Het einde van de Nederlandse D&O-verzekering bij faillissement van de vennootschap, een complicatie voor bestuurder en curator?', *Ondernemingsrecht* 2009, p. 82 en M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 280.

⁶² Zie ook M. De Kort-de Wolde & G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 279 en M.J.A. Creutzburg, 'De ontwikkelingen op het gebied van de Bestuurders- en Commissarissenansprakelijkheidsverzekering', *De Beursbengel* 1999, p. 26.

⁶³ Vergelijk A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 502.

interne aansprakelijkheid ligt volgens de benaderde verzekeraars en makelaars op 75%-25%. Wel zijn er meer interne aansprakelijkheidsclaims dan in het verleden. Interne aansprakelijkheid komt dan wel met name bij de grotere (beursgenoteerde) bedrijven voor.

Van de benaderde curatoren gaat 90% standaard na of er in een faillissement sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Tweederde van de curatoren beziet ook altijd of er sprake is van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Uiteraard leidt dit niet altijd tot claims, maar faillissementen blijven wel de meest risicovolle oorzaak voor aansprakelijkheidsclaims. Daarbij lijken curatoren zich meer met bestuurdersaansprakelijkheid bezig te houden en lijkt de aanwezigheid van een D&O-verzekering invloed te hebben.⁶⁴ Namelijk tweederde van de ondervraagde curatoren geeft aan dat zij sneller geneigd zijn om een bestuurder aansprakelijk te stellen als er een verzekering is.⁶⁵ De haalbaarheid van een vordering wordt vergroot door de aanwezigheid van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering en zal de failliete boedel een voordeel opleveren.

Bij veel claims/omstandighedenmeldingen geldt dat er uiteindelijk niets wordt uitgekeerd door de D&O-verzekeraar (meer dan 80%). De claimant komt, ondanks een aankondiging daartoe, niet met een schadeclaim. Ook gebeurt het vaak dat een claimant, al dan niet na een discussie met de D&O-verzekeraar of de advocaat van de bestuurder, niet op de zaak doorgaat. Op zich is dat laatste ook niet verrassend gezien de zware eisen die bij bestuurdersaansprakelijkheid worden gesteld. De bestuurder moet (ten minste) ernstig verwijtbaar hebben gehandeld. Veel claimanten lijken met een formele aansprakelijkstelling in de eerste plaats hun rechten veilig te willen stellen en daarna (na de reactie van de zijde van de bestuurder/commissaris en/of het vergaren van meer informatie) nader te bekijken of er goede mogelijkheden zijn voor een succesvolle claim. Bestuurdersaansprakelijkheidszaken zijn vaak complex en liggen niet zwart-wit. Het gaat vaak om bestuursbeslissingen waarbij veel factoren een rol hebben gespeeld, waar diverse partijen bij zijn betrokken en waarbij altijd zekere risico's worden genomen (en tot op zekere hoogte mogen en zelfs moeten worden genomen in het belang van de vennootschap). Voorts is bewijslevering vaak een moeilijke opgave. Daarbij zal een kostenbaten afweging een rol spelen. Ook kan het uiteraard zo zijn dat zijdens de bestuurder aannemelijk is gemaakt dat hij zorgvuldig heeft gehandeld.

Van de zaken die (na een discussie tussen partijen) wordt doorgezet, wordt naar schatting uiteindelijk ongeveer 70% geschikt. Naast de duur en kosten van een procedure zijn vaak reputatieschade en het niet in de openbaarheid willen brengen van het geschil belangrijke redenen om een schikking te beproeven. De verzekeraar neemt in samenspraak met de betreffende bestuurder(s) en commissaris de beslissing of een zaak wordt geschikt. Daarbij zijn commissarissen doorgaans eerder geneigd om te schikken. Bestuurders hebben dikwijls meer informatie en inzicht in de kwestie. Ook voelen zij zich eerder persoonlijk aangesproken omdat hun handelen door-

gaans centraal staat (en de aanspraak jegens de commissaris een 'afgeleide aansprakelijkheid' is). Een bestuurder is daarom meestal emotioneler bij de zaak betrokken en wil vaker procederen (in het begin van het geschil). Dit geldt zeker wanneer de zaak al publiciteit in de media heeft gehad en de bestuurder daarom zijn naam wil zuiveren.

In circa 30% van de doorgezette zaken komt het uiteindelijk tot een procedure. De zaken die bij de rechter komen, zijn derhalve slechts een topje van de ijsberg (om en nabij 5% van de claims). Het verklaart ook waarom er betrekkelijk weinig jurisprudentie in Nederland is over bestuurdersaansprakelijkheid. Die rechtspraak gaat vaak ook over relatief zware en/of uitzonderlijke gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid. Uiteraard hebben deze zaken wel een zeker uitstralingseffect voor de gevallen die buiten rechte worden afgehandeld. Overigens is wel opvallend dat een analyse van de rechtspraak meebrengt dat het in procedures verhoudingsgewijs vaker gaat om interne aansprakelijkheid dan bij de ingediende claims.

5.3 Verweer tegen claims

In het kader van het verweer door verzekerden tegen een claim hebben de D&O-verzekeraars een verschillend beleid. Er zijn verzekeraars die uitgaan van een 'duty to indemnify'. Andere verzekeraars kennen een 'duty to defend'. In het eerste geval is het uitgangspunt dat de verzekerde de vrijheid heeft om het verweer tegen de claim zelf op te pakken. De D&O-verzekeraar houdt zich dan niet inhoudelijk met het verweer tegen de claim bezig noch met de advocaatkeuze. De verzekeraar betaalt wel de kosten van verweer, mits deze kosten redelijk zijn en nodig waren. De gedachte achter 'duty to indemnify' en het bieden van vrijheid aan verzekerde is dat grote (beursgenoteerde) bedrijven vaak juristen in dienst hebben en huisadvocaten hebben waar zij (zeer) frequent contact mee hebben. Ook hebben zij dikwijls een vrijwaring aan de bestuurder afgegeven. Dergelijke bedrijven hebben vaak behoefte aan verzekeringdekking maar niet zozeer aan bijstand door de verzekeraar. Zij pakken zelf bij voorkeur het verweer tegen een claim op.

Bij de 'duty to defend' neemt de verzekeraar het verweer tegen de claim op zich. Hij pakt in eerste instantie het verweer ook zelf op en is ook actief bij het inschakelen van een advocaat. Vaak zijn er vaste advocaten waar de verzekeraar mee werkt. Kleinere bedrijven en stichtingen en verenigingen hebben geregeld naast verzekeringsdekking ook sterk behoefte aan bijstand vanuit de D&O-verzekeraar.

Overigens zijn de uitgangspunten bij 'duty to indemnify' en 'duty to defend' weliswaar behoorlijk verschillend, maar ook de verzekeraar die in beginsel uitgaat van een 'duty to indemnify' blijft bij het verweer niet geheel afzijdig. Er is een vrije advocaatkeuze, maar dat gaat wel in overleg met de verzekeraar. Ook wil de verzekeraar tussentijds worden geïnformeerd over de gang van zaken en is zijn akkoord vereist bij belangrijke beslissingen. Als de verzekerde geen behoefte heeft aan vrijheid, wordt de verzekeraar ook proactiever. Bij duty to indem-

64 B.B.A. Vroom, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen', *Onderneming & Financiering* 2001, p. 40.

65 Zie ook A.S. Franssen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *Tvl* 1997, p. 44.

nify is dat echter het uitgangspunt en is er altijd actieve bemoeienis met het verweer.

De kosten van advocaten zijn in de regel onderdeel van de verzekerde som. Dat betekent derhalve dat de kosten van verweer van de verzekerde som afgaan. Het bedrag dat dan overblijft, is maximaal beschikbaar voor een eventuele schadevergoeding. Bij een lage verzekerde som en hoge schadeclaims kan dat soms problematisch zijn (als de verzekeringnemer daar geen/onvoldoende rekening mee heeft gehouden). Verschillende verzekeraars vergoeden de kosten van bijstand echter nog tot 20% of 50% boven de verzekerde som.

Overigens is het verweer tegen een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim (en de kosten daarvan) vaak niet gedekt onder een rechtsbijstandverzekering. Er is geen dekking voor het bestuurders- en commissarissen aansprakelijkheidsrisico doordat een faillissementsuitsluiting is opgenomen, evenals een uitsluiting voor aanspraken van de Belastingdienst (vaak een belangrijke speler bij bestuurdersaansprakelijkheid) en een uitsluiting in verband met het voeren van een onderneming. Ook valt bestuurdersaansprakelijkheid niet onder de dekking van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering, zodat bijvoorbeeld bestuurders van een advocatenkantoor daar geen dekking onder kunnen vinden (voor verweerkosten).

] 6. Tot slot

Er is beperkte informatie beschikbaar over de D&O-verzekeringsmarkt in Nederland en de details over de afgesloten D&O-verzekeringen. Met dit artikel heb ik daar meer inzicht in willen verschaffen. Naar mijn idee is de beschikbaarheid en omvang van verzekeringsdekking relevant voor elke analyse en begrip van de risico's en aansprakelijkheden waaraan directeuren en commissarissen worden blootgesteld maar ook de bedrijven waar zij werkzaam zijn.

Uit het voorgaande blijkt dat de D&O-verzekering van belang is voor zowel de bestuurders en commissarissen als de rechtspersoon, stichting, of vereniging, ook

al is dat niet altijd zo evident. Daarbij bijten de D&O-verzekering en vrijwaring elkaar niet als beschermingsmaatregelen tegen de gevolgen van bestuurdersaansprakelijkheid. In geval van keuze heeft de D&O-verzekering vaak meer nut dan de vrijwaring. De D&O-verzekering kan een onderneming, stichting of verzekering helpen om goede bestuurders te kunnen aantrekken en om te voorkomen dat bestuurders overmatig voorzichtig worden. Gezien de zachte D&O-markt op dit moment, zijn verstrekkende verzekeringen verkrijgbaar tegen relatief lage premies. Het afsluiten van een verzekering zou men daarom als goed corporate governance kunnen bestempelen. Dit geldt te meer gezien het feit dat bestuurdersaansprakelijkheid ook grote gevolgen kan hebben voor de activa en de continuïteit van de rechtspersoon, stichting of vereniging.

De prikkels uit het aansprakelijkheidsrecht worden deels door de D&O-verzekeraar overgenomen. De verzekeraar houdt sterk de vinger aan de polis, zeker bij NV's en BV's. Dit gebeurt sterker dan bij andere verzekeringen. Er wordt gewerkt met een screening bij de acceptatie en tijdens de looptijd van de verzekering. Daarbij wordt gewerkt met korte looptijden (12 maanden), zodat de premie, verzekerde som of voorwaarden kunnen worden aangepast als daar gezien de ontwikkelingen aanleiding voor is. Volgens sommige Amerikaanse auteurs betekent dit zelfs dat de D&O-verzekeraar (indirect) een signaal afgeeft over de corporate governance van een bedrijf.

Uiteindelijk zijn er relatief weinig claims. Daarbij leiden deze claims in veel gevallen niet tot schadevergoeding. Intussen zijn de verweerkosten wel opgelopen. Er wordt wel gezegd dat de D&O-verzekering louter een rechtsbijstandsverzekering is. Daarmee wordt mijns inziens onderschat dat dit juist een zeer belangrijke component van de D&O-verzekering is, aangezien deze dekking vaak niet of moeilijk onder een andere verzekering kan worden verkregen en de verweerkosten bij bestuurdersaansprakelijkheidszaken vaak (erg) hoog zijn. Mocht er uiteindelijk wel schadevergoeding betaald moeten worden, dan is hiervoor vaak ook dekking. ◀